

## CRÔNICAS DA ATUALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

Nitish Monebhurrin (org.)\*

**Crônica 1:** um panorama sobre as negociações do Pacote de Bali e os seus desdobramentos no âmbito da OMC (Erika Braga Justo).

**Crônica 2:** incorporação do *F.A.T.C.A. – Foreign Account Tax Compliance Act* no ordenamento jurídico brasileiro e impactos jurisprudenciais no conceito de sigilo bancário. (Carolina Reis Jatobá Coêlho).

**Crônica 3:** as sanções aplicadas pela União Europeia à Rússia em razão da anexação da península da Crimeia. (Tiago Felipe de Oliveira).

**Crônica 4:** international Law and the Curious Case of Scottish Independence. (Eshan Dauhoo).

**Crônica 5:** evolution or Procrastination? The Ongoing Debate(s) on the Recognition of the Palestinian State. (Nitish Monebhurrin).

### **Crônica 1: Um panorama sobre as negociações do Pacote de Bali e os seus desdobramentos no âmbito da OMC**

Erika Braga\*\*

Na dinâmica mundial de (re)acomodação de poderes, a OMC exerce um importante papel. É um foro multipolar que abandona a então bipolaridade existente nas décadas anteriores à sua constituição. O jogo entre duas potências cede espaço para novos integrantes, que, dentro do contexto das negociações de comércio internacional, são contemplados com a igualdade jurídica no modelo decisório da Organização Mundial do Comércio.

É certo que a igualdade jurídica não representa uma isonomia de poderes — o que limita a efetividade do equilíbrio entre as partes —, mas isso não minimiza a relevância desse avanço. O sistema multilateral combate o regionalismo fechado, indicador de tendências conflitivas no cenário internacional por seu caráter de exclusão. A escalada de tensões e os desentendimentos entre Estados são algumas das marcas da bipolaridade e do regionalismo fechado, ambos remodelados na atualidade pela multipolaridade emergente. Essa recente tendência de equilíbrio permite o protagonismo de diversos atores, muitas vezes fortalecidos por grupos de concertação, como demonstra a atuação destacada dos países em desenvolvimento.

É sob esse prisma que o marco normativo único da OMC se mostra estratégico. O processo de negociação alicerçado pelo “*single undertaking*” abole a possibilidade de escolha de normas *à la carte*. Anteriormente, sob a égide do GATT 47, a cada Estado era facultado o direito de optar e se comprometer apenas com os acordos que fossem convenientes aos seus exclusivos interesses. Nos moldes atuais, os Estados Membros vinculam-se imperativamente a todas as regras<sup>1</sup>, em igualdade de direitos e deveres.

1 Apenas quatro acordos se limitam a um grupo restrito de signatários. São relativos às seguintes matérias: comércio de aeronaves civis, compras governamentais, laticínios e carne bovina.

\* PhD in International law (School of Law of Sorbonne, Paris), Associate Professor (University Centre of Brasília), Visiting Professor (Universidad de la Sabana, Bogotá). Nitish.monebhurrin@gmail.com

\*\* Advogada, Mestre em Direito Internacional Econômico (Escola de Direito da Sorbonne, Paris). erikabjusto@yahoo.com.br

O preço a ser pago corresponde à maior dificuldade em se finalizar um acordo.<sup>2</sup> O peso do poder político de cada Estado membro — ou a falta dele — se contrasta com a igualdade jurídica garantida pelo arcabouço legal. É um embate geopolítico, em última instância. Por isso a importância dos sistemas multilaterais, capazes, não de superar o desnível do poder político e econômico, mas de garantir um mecanismo jurídico apto a promover uma melhor pulverização de forças no cenário global.

A Rodada de Doha é um reflexo dessa balança. A sua paralisia chegou a colocar em xeque o futuro da própria instituição. Sinais de evolução foram dados na IX Conferência Ministerial<sup>3</sup> ocorrida em dezembro de 2013 em Bali, conduzida pelo brasileiro Roberto Azevêdo, diretor-geral da OMC.

A IX Conferência Ministerial era aguardada como a mais importante em muitos anos. Os seus resultados moldariam o futuro da organização e do sistema global de comércio. As questões enfrentadas envolviam temas complicados, razão pela qual o Pacote de Bali, em caso de fracasso, comprometeria a capacidade da OMC para negociar acordos futuros. Um elemento importante inserido no debate foi o risco de exclusão dos países menos desenvolvidos em face de uma paralisia das negociações multilaterais. Além de caracterizar um retrocesso, cederia mais espaço para a realização de acordos bilaterais — excludentes por natureza. Um passo importante, portanto, deveria ser dado na direção da retomada da Rodada de Doha.

Numa atmosfera de tensão, anunciou-se o avanço. O Pacote de Bali foi divulgado como um sucesso diplomático e a superação de alguns pontos nevrálgicos que bloqueavam a evolução das negociações (I). Após a conclusão dos trabalhos formalizados pela Decisão Ministerial de 7 de dezembro de 2013, a Índia, com uma nova composição de governo, recua, valendo-se do veto ao Acordo sobre a Facilitação do Comércio para barganhar outros pontos ainda pendentes de consenso, especificamente, a flexibilização dos Estoques Públicos de Alimentos para fins de Segurança Alimentar (II).

2 As dificuldades impostas por esse modelo decisório desafiam os Estados a encontrar um caminho jurídico alternativo, sem depender da anuência de um número tão elevado de partes. O aumento significativo de Acordos de Livre Comércio (*Free Trade Agreements*) celebrados por membros da OMC é indicador de que há uma tendência de bifurcação das normas internacionais de comércio, até certa medida, por meio do bilateralismo.

3 A Conferência Ministerial é o órgão de decisão supremo na OMC, que se reúne a cada dois anos.

#### a. Os resultados da IX Conferência Ministerial de Bali

O chamado “Pacote de Bali”<sup>4</sup> representou uma vitória diante do congelamento das negociações na Rodada de Doha e, pontualmente, das controvérsias acerca das reformas propostas durante a IX Conferência Ministerial de Bali.

A tensão maior foi gerada por posições divergentes entre os Estados Unidos e a Índia. O debate mais crítico circunscreveu-se ao tema sobre Subsídios e Estoque de Alimentos para fins de Segurança Alimentar (A), ameaçando, inclusive, o êxito do Acordo sobre Facilitação do Comércio (B).

#### • A “cláusula de paz” como mecanismo de flexibilização favorável aos países em desenvolvimento em casos de Estoque de Alimentos para fins de Segurança Alimentar

As negociações sobre questões agrícolas são as mais complexas no comércio internacional. A polarização entre os países desenvolvidos e o grupo de países em desenvolvimento ganha realce quando o objeto de novas regulamentações é a proteção à agricultura de cada Estado membro. Se, por um lado, os países em desenvolvimento produtores e exportadores de commodities agrícolas defendem uma legislação mais rígida contra a proteção dos produtores nacionais, do lado oposto estão os países desenvolvidos. A razão é simples e a solução mostra-se distante: uma legislação mais rígida impediria que grandes potências continuassem a subsidiar significativamente a produção agrícola nacional, e a falta de competitividade de seus produtores internos seria uma das consequências diretas, abarcando todos os respectivos efeitos danosos.

No caso em questão, entretanto, foi o posicionamento da Índia que, por muito pouco, não levou as negociações ministeriais de Bali ao colapso. A ausência de acordo sobre a vigência da cláusula de paz no âmbito dos subsídios e de estoque de alimentos para a segurança alimentar foi o motivo do impasse (i). O temido fracasso foi evitado nas últimas horas, quando as partes chegaram a um consenso após muita articulação e consultas feitas pelo diretor-geral Roberto Azevêdo (ii).

#### (i) O impasse provocado pela Índia durante as negociações da cláusula de paz

4 Declaração ministerial de Bali: WT/MIN(13)/DEC.

A segurança alimentar é um dos temas sensíveis para Estados com grandes dimensões e densidade populacional. Quando se trata de uma negociação de normas vinculantes que possivelmente atingem essa questão, a postura, naturalmente, é de defesa e menor disponibilidade de transação.

Esse foi o tenso e inesperado cenário enfrentado em Bali, pois as negociações prévias realizadas em Genebra apontavam para um consenso entre as partes **(a)**. O fator surpresa foi o recuo da Índia **(b)**.

#### **(a) Os rascunhos Pré-Bali**

As reformas propostas sobre subsídios agrícolas para estocagem de alimentos para fins de segurança alimentar foram o motivo da controvérsia. Em novembro de 2012, o G-33, composto por países em desenvolvimento e liderado pela Índia, havia proposto a flexibilização da regra: os países em desenvolvimento deveriam ter maior margem de manobra para subsidiar a compra de alimentos e a sua respectiva estocagem quando a finalidade fosse garantir a segurança alimentar, sem que a distorção de mercado resultante se configurasse em um ilícito comercial.

Diante da complexidade, como é peculiar às matérias relacionadas ao Acordo sobre Agricultura, o tempo seria escasso para negociar uma emenda até a data da IX Conferência Ministerial em Bali. De maneira paliativa, os Estados trabalharam sobre um texto legal que garantisse uma *solução interina*: os membros, *temporariamente*, se absteriam de apresentar uma queixa legal e de iniciar uma disputa no Órgão de Solução de Controvérsias na hipótese de distorções de mercado provocadas pelas políticas praticadas por países em desenvolvimento comprometidas com segurança alimentar. A esse compromisso foi dado o nome de “cláusula de paz”.

Dessa forma, o rascunho do acordo foi aprovado por todos os membros e a IX Conferência Ministerial de Bali seria apenas o palco para a formalização.

#### **(b) O recuo da Índia durante a IX Conferência Ministerial de Bali**

O governo indiano, no decorrer dos trabalhos em Bali, obteve papel de destaque ao se posicionar contrário à versão do texto, alegando que a segurança

alimentar seria inegociável<sup>5</sup>. A controvérsia instalou-se precisamente sobre o termo “solução interina”, cujo teor indica que a vigência da cláusula de paz seria temporária. É importante mencionar que os Estados Unidos, bem como outros membros, ainda em Genebra, haviam condicionado a aceitação desta cláusula à existência de um prazo limite para a sua validade.

Diante disso, todas as outras negociações, a exemplo desta, também foram prejudicadas, dada a insistência da Índia em impedir qualquer prosseguimento do texto nos termos acordados em Genebra. O resultado do dissenso dependeria de uma questão técnica e, principalmente, da vontade política dos envolvidos. A interpretação jurídica do termo “solução interina” seria, portanto, a chave do sucesso ou do fracasso da Ministerial de Bali.

Para a Índia, significaria um compromisso vigente até que uma solução permanente fosse encontrada pelos membros, consensualmente. Para os Estados Unidos, alinhados aos outros membros que recebiam o provável impacto da aplicação da cláusula de paz por tempo indeterminado, “solução interina” não poderia ser entendida como algo diferente de uma medida com prazo-limite definido.

#### **(ii) A articulação diplomática e a solução apresentada**

Em face deste desafio, reuniões de bastidores foram articuladas a fim de superar esse impasse — que significaria uma séria crise institucional no seio da OMC —, considerando-se a já grave paralisia da agenda de Doha.

Na tentativa de resgatar o Pacote de Bali, consultas foram feitas entre Roberto Azevêdo, os Estados Unidos e a Índia. Nesse momento, a Índia já não sustentava uma posição comum ao G-33, o que aumentava a pressão sobre ela. Algumas alternativas, pendentes de validação pelos outros membros, foram apresentadas pelo diretor-geral, mas não foram aceitas pelo governo indiano.

No entanto, apesar da iminência de uma “tragédia institucional”, um consenso foi anunciado no último dia da IX Conferência Ministerial. A saída encontrada foi mais diplomática do que jurídica. O texto da solução proposta por Roberto Azevêdo e aceito pelas partes registra o compromisso dos membros em negociar uma

<sup>5</sup> <http://pt.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/subs%C3%ADdios-e-estoque-de-alimentos-tema-decisivo-no-pacote-de-bali>

solução permanente até a XI Conferência Ministerial de 2017, com a vigência da cláusula de paz até esta data. A revisão também restringe o alcance do acordo apenas às políticas de armazenagens já existentes.

A partir dessa vitória diplomática, o caminho ficou livre para a finalização do acordo principal, referente à facilitação do comércio.

## **B) A conclusão do Acordo sobre Facilitação de Comércio**

Com o Acordo sobre Facilitação do Comércio<sup>6</sup> sugere um revigoramento da quase fracassada Rodada de Doha. Em quase vinte anos, foi o primeiro acordo multilateral concluído pelos Estados membros da OMC, que cria compromissos vinculantes em operações de importação e exportação.

Trata-se de regras para o estabelecimento de critérios mais transparentes e ágeis no processamento de documentos, bem como a simplificação e redução de requisitos nas transações de comércio exterior. Especialistas demonstram que a harmonização dos procedimentos e a maior eficiência decorrente das novas regras podem significar um ganho superior à redução tarifária<sup>7</sup>.

Não há dúvidas quanto à dupla importância desse acordo. Em termos econômicos, tem o potencial de promover um aumento real da circulação internacional de mercadorias e do PIB global. Em termos jurídicos e diplomáticos, representa uma vitória — mesmo que parcial — para o multilateralismo da OMC, que vinha sendo fortemente questionado e ameaçado pela sua ineficaz Rodada de Doha.

Considerada a relevância do Acordo de Facilitação Comercial em ambos os aspectos mencionados, pode-se visualizar a dimensão do problema causado pelo veto da Índia no âmbito do Acordo sobre Agricultura. O impasse paralisou toda a agenda de negociações e colocou em risco o avanço de uma das peças principais do Pacote de Bali.

Apesar de todas as dificuldades, a IX Conferência Ministerial entregou o Pacote de Bali com os progressos comerciais, jurídicos e diplomáticos esperados. Estabeleceu-se 31 de julho de 2014 como

data limite para se adotar o Protocolo de Emenda do Acordo sobre Facilitação do Comércio, elaborado pelo Comitê Preparatório durante a reunião do Conselho Geral. Nessa data, o Protocolo seria aberto à aceitação até 31 de julho de 2015. A surpresa indigesta veio em julho de 2014, meses após a conclusão do Pacote de Bali. Novamente a Índia tem o protagonismo ao vetar o acordo, bloqueando não só a sua evolução como a de todos os outros temas, inclusive a Agenda de Desenvolvimento de Doha.

## **II. O Pacote de Bali e seus desdobramentos**

### **A. O novo recuo da Índia e a comunicação de mais um veto**

Concluído o Pacote de Bali, iniciaram-se os trabalhos do Comitê Preparatório sobre Facilitação do Comércio, encarregado de realizar um exame jurídico de caráter formal, com o escopo de garantir o funcionamento eficiente do Acordo. Um Protocolo de Emenda deveria ser apresentado em 31 de julho de 2014, durante a reunião do Conselho Geral, quando começaria o prazo para aceitação do Acordo sobre Facilitação do Comércio como parte do conjunto de normas vinculantes da OMC.

Próximo ao prazo limite, a Índia manifestou-se contrária à continuidade dos trabalhos, e as mesmas questões superadas em Bali foram resgatadas. Especificamente, indicou que não aceitaria o Protocolo enquanto não houvesse uma solução permanente sobre a flexibilização das regras nos casos de estoques públicos de alimentos para fins de segurança alimentar.

Todo o trabalho realizado em Bali perderia sua eficácia. Sob o prisma jurídico, o Acordo sobre Facilitação do Comércio — o maior avanço nos últimos 20 anos da organização — não poderia, sequer, ser ratificado pelos Estados membros. Essa foi a estratégia da Índia, barganhar usando o vínculo político entre os dois instrumentos jurídicos: Acordo sobre Facilitação do Comércio v. solução interina (temporária) sobre Estoque Público de Alimentos para fins de Segurança Alimentar.

O Protocolo não foi aceito pela Índia na data-limite e a crise foi instalada no seio da OMC. Os Estados Unidos posicionaram-se do lado oposto. Não concordam em negociar nos moldes impostos pelo governo indiano e o impasse congela o processo de implementação das normas negociadas em Bali, englobando as respectivas

6 WT/MIN(13)/36

7 Os benefícios ainda dependem da ratificação do Acordo e da implementação das medidas, que demandam reformas institucionais e ajustes nos sistemas aduaneiros.



negociações multilaterais. O colapso provocado pela Índia ameaçava potencialmente a continuidade da própria Rodada de Doha. Nesse sentido, Roberto Azevêdo declarou que a OMC enfrentava a pior crise desde a sua criação, e a própria existência/finalidade da organização estava em jogo.

Muita articulação política e diplomática, aparentemente sem efeitos, eleva a crise a patamares ainda mais preocupantes. O desgaste político foi inevitável, e a Índia, por maior que fosse o seu poder de barganha, viu-se efetivamente pressionada pelos Estados membros e pelo diretor-geral Roberto Azevêdo. A conjuntura conflituosa demandava uma avaliação atenta do *trade-off*: o prejuízo político indiano deveria ser melhor calculado.

Assim foi feito. A crise foi revertida, e na reunião do Conselho Geral, em 27 de novembro de 2014, foi anunciado um novo acordo sobre a situação.

## B. A recente decisão adotada pelo Conselho Geral sobre o Pacote de Bali

A reunião do Conselho Geral, em 27 de novembro de 2014, foi o palco para a declaração que colocou fim ao impasse. A solução pauta-se por três decisões:

1. Esclarecimento da decisão de Bali sobre Estoques Públicos de Alimentos para fins de Segurança alimentar. Fica acordado que a cláusula de paz permanecerá vigente até que uma decisão permanente seja adotada. Além disso, antecipa-se a data limite para a conclusão das negociações relativas à matéria. Nas decisões de Bali o prazo determinado estendia-se a 2017. Com a revisão, a nova data passa a ser 31 de dezembro de 2015, assegurada a continuidade da cláusula de paz caso as partes não cheguem a um consenso.<sup>8</sup>

2. O Protocolo de Emenda do Acordo sobre Facilitação do Comércio foi adotado, iniciando-se o processo de implementação. Abre-se a fase de ratificações, respeitadas as regras internas de cada Estado. A entrada em vigor do Acordo depende do depósito do instrumento de ratificação feito por dois terços dos Estados membros.<sup>9</sup>

3. Implementação imediata de todas as Decisões Ministeriais de Bali, o que inclui o Programa de Trabalho das questões remanescentes da Agenda

de Doha, com um novo prazo acordado para a sua conclusão: julho de 2015.<sup>10</sup>

Superado o conflito, fica o desafio a ser enfrentado: a OMC precisa atuar com maior rapidez e eficiência para garantir a sua relevância como foro multilateral e cumprir o seu papel de facilitador do comércio internacional. Roberto Azevêdo encerrou o seu discurso feito na reunião do Conselho Geral conclamando os Estados membros a encontrar uma nova forma de negociar: *"We need to find an easier way of doing things. (...) We can't wait another two decades to deliver further multilateral outcomes. We have to think about how we can operate in a more efficient way."*<sup>11</sup>

Espera-se, assim, que os Estados membros concluam os trabalhos e as ratificações nos prazos definidos, resgatando a relevância da OMC no complexo jogo geopolítico de (re)acomodação de poderes globais.

## Crônica 2: Incorporação do F.A.T.C.A. – Foreign Account Tax Compliance Act no ordenamento jurídico brasileiro e impactos jurisprudenciais no conceito de sigilo bancário.

Carolina Reis Jatobá Coêlho\*

### I. Apresentação do FATCA e os impactos quanto o sigilo bancário

*The era of banking secrecy is over*<sup>13</sup>

A declaração dos membros do G20<sup>14</sup> exarada no contexto de pós-crise econômica que foi caracterizada — dentre outros fatores — pela evasão fiscal e quebra de confiança no sistema financeiro, na forma como dita, parece até incontestável em qualquer contexto

<sup>10</sup> WT/GC/W/690

<sup>11</sup> Ver declaração completa em: [http://www.wto.org/english/news\\_e/news14\\_e/gc\\_rpt\\_27nov14\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news14_e/gc_rpt_27nov14_e.htm)

\* Mestranda em Direito das Relações Internacionais no Centro Universitário de Brasília. Advogada da Caixa Econômica Federal e Gerente Executiva Substituta da Gerência Nacional de Atendimento Jurídico às Vices-Presidências de Contratações, Governo e Tecnologia. [carolinarjcoelho@hotmail.com](mailto:carolinarjcoelho@hotmail.com)

<sup>13</sup> "A era do sigilo bancário acabou". LEADER'S STATEMENT. GROUP OF TWENTY. LONDON SUMMIT. G20 ACTION PLAN FOR RECOVERY AND REFORM. Declaration on Strengthening 2 April 2009. Disponível em: [http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2009/pdf/g20\\_040209.pdf](http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2009/pdf/g20_040209.pdf). Acesso em: 03 dez. 2013.

<sup>14</sup> O Grupo dos Vinte reúne, desde 1999, os Ministros das Finanças e Presidentes dos Bancos Centrais das 19 maiores economias do mundo - incluindo o Brasil.

<sup>8</sup> WT/GC/W/688;

<sup>9</sup> WT/PCTF/W/28

e para qualquer cidadão-correntista do mundo. O sigilo bancário é um direito ancião e corresponde a uma obrigação imposta por contrato, norma, prática costumeira ou por lei positivada infra ou constitucionalmente às instituições financeiras ou equiparadas de manter em segredo dados que lhes cheguem ao conhecimento como consequência de relações jurídicas vinculadas às suas atividades.

No Brasil, ao direito ao sigilo bancário está conformado, de forma interpretativa por doutrina e jurisprudência, ora no inciso X, ora no inciso XII, ora em ambos os incisos do art. 5º da Constituição<sup>15</sup>. O inciso X protege a vida privada e intimidade, tendo por foco a pessoa, enquanto o inciso XII tem em vista a manifestação de pensamento da pessoa. Não há, portanto, previsão expressa constitucional sobre o próprio sigilo bancário. Infraconstitucionalmente, ao contrário, o sigilo bancário apresenta não só proteção específica, mas encontra hipóteses de exceção na Lei Complementar nº 105/2001. Quanto ao afastamento para fins fiscais, há regulamentação infralegal específica no Decreto nº 3.724/2001, que foi recentemente alterado pelo Decreto nº 8.303, de 04 de setembro de 2014.

Mas será mesmo que o direito ao sigilo bancário está fadado a desaparecer, ainda que enquadrado — em alguns ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro — como um direito de estatura constitucional vinculado aos direitos humanos de privacidade e intimidade? Cinco anos após a declaração dada na Cúpula de Londres, não se pode dizer de forma peremptória que o direito ao sigilo bancário não existe mais, mas muitas iniciativas aparecem de forma global e simultânea na intenção de flexibilizá-lo em face de valores relacionados ao combate à lavagem de dinheiro, corrupção e evasão fiscal. Pode-se apontar como uma dessas iniciativas legislativas o um conjunto de normas norte-americanas de efeitos extraterritoriais em etapas

que apresenta clara intenção de recuperar a economia norte-americana, arrasada com a *crise dos subprimes*, incrementando a arrecadação de tributos por parte de cidadãos residentes fora daquele território estatal.

A legislação referida inseriu um capítulo inteiro (seções 1471 a 1474, correspondente ao Capítulo IV) ao Código Tributário Norte-Americano de 1986 (*Internal Revenue Code*), o que foi denominado no Título V do *Hire Act* de F.A.T.C.A. - *Foreign Account Tax Compliance*, normatização que estabeleceu obrigações com efeitos extraterritoriais, estabelecendo às Instituições Financeiras Estrangeiras (*Foreign Financial Institution* ou *FFI*) procedimentos para a identificação, documentação e monitoramento de contas de pessoas consideradas norte-americanas<sup>16</sup>.

Acerca da abrangência da norma, vale definir dois grupos principais que a devem observância, na posição de intermediários das informações: (i) *Foreign Financial Institutions (FFIs)* — Instituições Financeiras Estrangeiras e (ii) *Non Financial Foreign Entities (NFFE)* — Entidades não classificadas como Instituições Financeiras Estrangeiras. A norma impõe obrigações a tais entes, incluindo como destinatários finais da norma as denominadas *US Person*, que poderão ser pessoas físicas (*US Individuals*) ou jurídicas, cujas contas serão objeto de reporte às autoridades norte-americanas.

Dentre tantos pontos polêmicos<sup>17</sup>, destaca-se que a legislação estrangeira de efeitos extraterritoriais impõe às Instituições Financeiras e assemelhadas o encaminhamento de informações pessoais e financeiras de cidadãos norte-americanos à Receita Norte-Americana (*Internal Revenue Service – IRS*), o que, em tese, poderia colidir frontalmente em restrições constitucionais, legais e jurisprudenciais de países que consideram o sigilo das operações bancárias em seu ordenamento jurídico doméstico, como é o caso do Brasil.

15 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 out 2014. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

16 US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. *Congressional Bills. House Bill. 111TH Congress*. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em: 10 dez 2013. Conforme a alínea b (Apresentação de Relatórios) da Seção 1471 (Retenção de Pagamentos às Instituições Financeiras), os requerimentos da subseção são atendidos com relação a qualquer instituição financeira estrangeira que mantenha um acordo em vigor, ou seja *PFFI – Participating Foreign Financial Institutions*.

17 Vale descrever que outro ponto polêmico é que a implementação da norma implica custos operacionais que deveriam recair sob a responsabilidade do órgão de arrecadação dos E.U.A. originalmente, cuja competência tributária se afirma.

As informações requeridas referem-se a dados pessoais e também financeiros de cidadãos norte-americanos como: nome, endereço, número de identificação fiscal, número, saldo e movimentação de contas bancárias detidas por<sup>18</sup>: i) *US Individuals/ Person* cujo valor da conta bancária exceda U\$50.000,00 (cinquenta mil dólares) ou ii) *US Entities* — pessoas jurídicas cujo saldo em conta bancária ultrapasse o valor de U\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares).<sup>19</sup>

Destaca-se que o procedimento de reporte ocorrerá de forma eletrônica e automática, sem quaisquer autorizações judiciais ou administrativas ou até instauração de qualquer procedimento ou pedido. Essa perspectiva é mais do que um passo adiante em comparação com modelos de intercâmbio de informações para fins fiscais, sempre firmados por intermédio de acordos ou tratados de cooperação com vinculação e respeito à legislação de cada país sobre o sigilo bancário. É um real desafio para conformação jurídica da proteção ao sigilo bancário na legislação nacional dos países, principalmente quando a lei ou a jurisprudência condicionem o acesso das informações bancárias pelo Fisco a algumas circunstâncias procedimentais, como a instauração de procedimento fiscal ou autorização judicial específica.

Inspiração para adoção de norma semelhante pela União Europeia e pelos países-membros da O.C.D.E., a proposta apresenta tendência de multiplicação via acordos bilaterais (com tentativas de um acordo multilateral conduzido pela O.C.D.E.) em todo o mundo, o que demonstra que a afirmação epigrafa pode, sim, vir a constituir-se como uma verdade em um futuro próximo, falando-se já em um regime internacional de troca de informações denominado informalmente de GATCA, uma espécie de FATCA global. Ora, ao se considerar que a aderência é numerosa

— mais do que 80 (oitenta) jurisdições participantes<sup>20</sup> — e que a maioria delas está tendente a assinar ou já assinou um Acordo Intergovernamental com efeitos de reciprocidade, mais ainda o perímetro da norma alarga-se, fazendo do mundo contemporâneo um lugar de constantes trocas de informações bancárias e, por que não dizer, quase sem resquício ao direito de sigilo bancário.

Ao optar por não aderir ao F.A.T.C.A., a Instituição Financeira ou assemelhada sofre, a partir de 2014, retenções na fonte de 30% sobre rendimentos de fontes dos E.U.A.; a partir de 2015, retenções de 30% sobre o valor principal da venda de participações societárias e renda fixa de fonte dos E.U.A. e a partir de 2017, concomitante às demais, retenções de 0,01% a 30% do valor dos juros e do principal de aplicações financeiras efetuadas em outras instituições financeiras brasileiras ou não, participantes do F.A.T.C.A., quer as aplicações tenham ou não direta relação com os E.U.A.<sup>21</sup>.

Em poucas palavras, a recusa das Instituições Financeiras é possível em teoria, mas não na prática. As instituições que não cooperarem poderão ser excluídas do sistema financeiro internacional. O custo de não adesão é bastante alto — senão impraticável — já que a instituição financeira que não participar do F.A.T.C.A., além de sofrer retenções na fonte de seus investimentos, poderá apresentar condições mais desfavoráveis para competir no mercado internacional, sofrendo restrições ou incremento de custos para operar com instituições financeiras participantes do

18 Na condição de participantes ou aderentes, as instituições financeiras estrangeiras assumirão obrigações de *Due Diligence* para identificar em sua base de clientes pessoas titulares de contas financeiras que sejam qualificadas como *US Person*, que, em geral serão indivíduos com nacionalidade norte-americana, nascidos nos E.U.A. ou com pais norte-americanos, pessoas com visto de permanência nos E.U.A. (*Green Card*). Quando tais pessoas detiverem mais de 10% de participação direta ou indireta no capital ou lucro de empresas brasileiras (estrangeiras fora dos EUA), também serão consideradas *US Person* na modalidade pessoa jurídica independentemente de serem constituídas ou residentes fiscais no Brasil.

19 Para conferir os parâmetros gerais da norma: IRS. Summary of Key FATCA Provisions. Disponível em < <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Summary-of-Key-FATCA-Provisions> > Acesso em 17 ago 2014.

20 Na página do Tesouro Norte-Americano, há uma lista das jurisdições já aderentes. Dentre os nomes que já assinaram Acordos Intergovernamentais (IGA – Intergovernmental Agreement) e merecem destaque estão: Ilhas Man, Ilhas Cayman, Malta e outras locais reconhecidos como paraísos fiscais. O Brasil está negociando um Acordo. US DEPARTMENT OF TREASURY. *Jurisdictions that have signed agreements*. Jurisdictions that have reached agreements in substance and have consented to being included on this list (beginning on the date indicated in parenthesis). Disponível em <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>> . Acesso em 18 ago 2014.

21 Isso ocorre porque, na economia globalizada, os papéis ligados ao mercado financeiro encontram-se inevitavelmente entrelaçados, de modo que, em algum ponto da cadeia de movimentação bancária ou interbancária, o agente financeiro não aderente poderá prejudicar-se no relacionamento com os demais, evitando a manutenção de negócios recíprocos, já que os custos de transacionar com um não aderente acabará por impactar no aderente que se relaciona com ele, restando, pois, este último isolado no mercado. Para conferir os parâmetros gerais de retenção de tributos: IRS. Notice 2014-33. Further Guidance on the Implementation of FATCA and Related Withholding Provisions. Disponível em: <<http://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-33.pdf> > Acesso em 03 dez 2014.

F.A.T.C.A. Impelidas a participação no cenário global, a aderência ao F.A.T.C.A. pelas instituições financeiras soa imperiosa, em paralelo à discussão jurídica acerca do tratamento nacional jurisprudencial ao sigilo bancário.

Ocorre que, para adesão com segurança jurídica, as Instituições Financeiras precisariam de uma moldura jurídica que lhes oferecessem o mínimo de proteção. Ainda que se discuta que a jurisdição norte-americana circunscreva-se ao próprio território, ao contrário do que o apregoado por doutrinadores norte-americanos que ampliam aquela jurisdição fiscal para onde houver contribuintes daquele Estado, aplicando-se de forma irrestrita o princípio da universalidade, a adesão à legislação torna-se facultativa via formalização e internalização de instrumento internacional<sup>22</sup>, o que de fato ocorreu no Brasil.

## II. As implicações da incorporação do FATCA no Brasil, principalmente diante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro

Em 23 de setembro de 2014, o Brasil, representado pelo Ministro da Fazenda Guido Mantega, e Estados Unidos da América – E.U.A., representado pelo embaixadora Liliana Ayalde, assinaram o Acordo de Cooperação Intergovernamental para a troca automática de informações tributárias. O Brasil já é signatário do Acordo para Intercâmbio de Informações Tributárias assinado em março de 2007 e promulgado pelo Decreto no 8.003, de 15/05/13<sup>23</sup>. O documento precisava ser ampliado para atender aos requisitos do F.A.T.C.A. A troca de informações se fará respeitando a confidencialidade da informação por ambas as partes, ou seja, observando-se o sigilo fiscal.

No processo de incorporação da legislação FATCA ao ordenamento jurídico brasileiro, várias questões se apresentam: i) natureza jurídica do instrumento que internaliza as normas e sua validade e eficácia; ii)

constitucionalidade formal e material das normas diante da interpretação da Corte Constitucional Brasileira (STF) sobre a proteção ao sigilo bancário; iii) alteração no sentido e alcance interpretativo da proteção ao sigilo bancário em todo o mundo e seu reflexo no Brasil.

Diante de algumas dessas questões, observa-se inadequação da lenta e burocrática clássica lógica de incorporação de normas jurídicas — com processos de questionamento acerca do recebimento da legislação em território pátrio — em detrimento do processo de interação da globalização econômica, que cria um constante e intenso movimento de interferências recíprocas entre as racionalidades jurídicas nacionais e internacionais, permitindo-se observar certa padronização nos ordenamentos jurídicos, fruto da internacionalização do Direito e da necessidade de criar respostas semelhantes ou harmônicas em todo o mundo para problemas globais.

Fica claro também que a incorporação da norma implica na alteração da concepção e limites do direito ao sigilo bancário e que o impacto desta discussão internacional alcança interesses nacionais institucionais. A abertura do sigilo bancário independentemente da necessidade de requisição judicial sempre foi desejada pela Receita Federal do Brasil, que já ostenta autorização restrita à existência de procedimento formalizado de fiscalização tributária em alguns casos<sup>24</sup>.

Portanto, embora exista uma moldura jurídica adjacente para tratar a questão, o tratamento jurisprudencial brasileiro acerca do sigilo bancário, mais especificamente o do Supremo Tribunal Federal, ainda é bastante conservador ou garantista, vinculando a abertura do sigilo à reserva judicial. Para elucidar esta premissa, cita-se o posicionamento pretoriano que vige atualmente pelo julgamento do RE 389.808/PR, no qual o relator, Ministro Marco Aurélio, determina que a decretação da quebra do sigilo bancário - ressalvada tão somente a competência extraordinária das CPIs prevista no art. 58, § 3º da Carta Constitucional — “pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à administração tributária, seja ao

22 O acordo pode apresentar como pólos da tratativa: ou órgãos fazendários de ambos os lados ou instituições financeiras estrangeiras e órgão fazendário norte-americano. Estão disponíveis dois modelos para adesão, conforme exista ou não tratado ou acordo internacional prevendo troca de informações para fins fiscais entre os países e considerando ou não as hipóteses de reciprocidade de obrigações para ambos os casos.

23 BRASIL. Decreto nº 8.003, de 15 de maio de 2013. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, firmado em Brasília, em 20 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2014.

24 A Receita Federal do Brasil já ostenta autorização restrita à existência de procedimento formalizado de fiscalização tributária: i) iniciado pelo Ministério Público Federal (existência ou indícios consistentes de crime fiscal); ii) no curso de despacho ou revisão aduaneiros; iii) em vigilância e repressão ao contrabando e descaminho, realizado em operação ostensiva ou iv) relativo ao tratamento automático das declarações de IR (malhas finas).



Ministério Público, seja, ainda, à Polícia Judiciária, as informações que lhe tenham sido solicitadas".

Fica claro que a assinatura do Acordo Intergovernamental entre EUA e Brasil, visando formalizar a adesão ao FATCA<sup>25</sup> trará discussões acerca da alteração da concepção do sigilo bancário brasileiro, mais especificamente, nos termos da interpretação dada ao direito constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

### **Crônica 3: As sanções aplicadas pela União Europeia à Rússia em razão da anexação da península da Crimeia**

Tiago Felipe de Oliveira\* \*

#### **I Introdução**

A anexação da península da Crimeia e da cidade de Sebastopol pela Rússia, no começo de 2014, contou com a desaprovação de parte significativa da comunidade internacional. A Assembleia Geral da ONU aprovou resolução, de caráter não vinculante, exortando os Estados e organizações internacionais a não reconhecerem qualquer modificação no estatuto da República Autônoma da Crimeia e da cidade de Sebastopol. Já o Conselho da União Europeia aplicou sanções diversas a pessoas singulares, entidades e organizações Russas de algum modo relacionadas à anexação de Crimeia. Referidas sanções, em sentido lato, têm natureza punitiva e visam, também, pressionar a Rússia a negociar uma saída pacífica para a crise ucraniana. Há o risco, contudo, de que o efeito e alcance das sanções possam afetar significativamente as relações comerciais entre Rússia e União Europeia, ocasionando um agravamento ainda maior da crise nas relações políticas entre Ucrânia, Rússia e o bloco europeu.

O texto pretende abordar o tema em três etapas distintas. De início, procura apresentar um breve histórico dos fatos que permitem compreender a crise da Crimeia. Posteriormente, busca demonstrar, a partir do posicionamento da Assembleia Geral das Nações Unidas, o entendimento da comunidade internacional em relação à anexação da Crimeia pela Federação Russa. Por fim, são apontadas as decisões do Conselho da União Europeia que impuseram sanções à Rússia,

com a indicação do alcance e dos efeitos de tais sanções em relação a parcerias econômicas e políticas mantidas entre Ucrânia, Rússia e União Europeia.

#### **2 Breve histórico da crise Crimeia.**

A crise da Crimeia se desatou no contexto das negociações de um acordo de associação entre Ucrânia e União Europeia. No final do ano de 2013, o ex-presidente ucraniano Viktor Yanukovich rejeitou acordo comercial com a União Europeia, expondo o receio de que as relações comerciais com a Rússia fossem comprometidas e de que o setor agrícola e a indústria ucraniana restassem fragilizados ante os estímulos econômicos recebidos pelo setor produtivo europeu.

A decisão de não assinar o acordo de associação com a União Europeia e de estreitar relações comerciais com a Rússia foi recebida com significativa desaprovação pela sociedade ucraniana, que iniciou uma onda de protestos pelo país, com epicentro na Praça da Independência de Kiev, capital da Ucrânia, culminando com a deposição do presidente Viktor Yanukovich e a antecipação de novas eleições presidenciais.

Ante a situação política instável da Ucrânia e o vazio de governo ocasionado com a deposição do ex-presidente, a Rússia interveio militarmente na região da Crimeia. Logo em seguida, o parlamento regional da Crimeia aprovou uma declaração de independência de península em relação à Ucrânia, invocando o direito dos povos à autodeterminação.

No dia 16 de março de 2014, o governo da recém-declarada República da Crimeia realizou referendo interno no território apresentando duas perguntas aos cidadãos. A primeira pergunta questionava se o consultado era favorável à reunificação da Crimeia à Rússia como integrante da Federação Russa. Uma segunda alternativa questionava se o consultado era favorável à restauração da Constituição da República da Crimeia de 1992 e a condição da Crimeia como parte da Ucrânia.

É preciso salientar que a Constituição da República da Crimeia de 1992 ampliava a autonomia da região em relação à Ucrânia, sendo factível que a segunda opção do referendo possibilitaria à Crimeia manter-se integrada ao território ucraniano, ao passo em que poderia seguir alinhamento político e econômico com a Federação Russa. Por tal razão, segundo críticos ucranianos, o referendo da Crimeia traria somente as opções de "sim" e "sim" em direção à Rússia.

25 U.S. DEPARTMENT OF TREASURY. Jurisdictions that have signed agreements. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>>. Acesso em: 30 set. 2014.

\* \*Mestrando em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília. Advogado. [tiagofelipea@hotmail.com](mailto:tiagofelipea@hotmail.com)

Informações do governo da Crimeia indicaram que mais de 80% das pessoas aptas a votar compareceram ao ato, dos quais 95,5% teriam optado pela reunificação à Federação Russa. Valendo-se do referendo, o parlamento da Crimeia declarou oficialmente a independência da península, ao passo que oficializou pedido de anexação à Rússia. Dois dias após o referendo, o presidente russo Vladimir Putin assinou acordo com líderes políticos da Crimeia para tornar a península parte da Rússia.

O tratado para anexação da Crimeia à Federação Russa foi aprovado na Duma, a Câmara baixa do parlamento russo, e ratificado na Câmara alta, nominada Conselho da Federação. Após a ratificação, o presidente Putin promulgou a incorporação da República da Crimeia e do porto de Sebastopol à Rússia. O Tribunal Constitucional Russo validou o tratado, por decidir estar de acordo com a Constituição do país.

### 3 O posicionamento da comunidade internacional sobre a anexação da Crimeia pela Rússia

Parte significativa da comunidade internacional se posicionou de modo contrário à anexação da Crimeia pela Rússia. Os Estados Unidos da América tentaram aprovar resolução junto ao Conselho de Segurança da ONU, com vistas a declarar a invalidade do referendo na Crimeia. Contudo, o projeto de resolução foi rejeitado devido ao veto da Rússia, membro permanente do referido Conselho.

Poucos dias após a anexação da Crimeia, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução n. 68/262, de 27 de março de 2014, sobre a integridade territorial da Ucrânia. O texto enfatiza a importância da Carta das Nações Unidas, reafirmando o princípio de que o território de um Estado não será objeto de aquisição, por outro Estado, derivada da ameaça e do uso da força.

A Resolução 68/262 cita que o referendo realizado na República Autônoma da Crimeia e na cidade de Sebastopol em 16 de março de 2014 não contou com a autorização da Ucrânia. Diz, ainda, que o referendo não tem validade, exortando os Estados e organizações internacionais a não reconhecerem qualquer modificação no estatuto da República Autônoma da Crimeia e da cidade de Sebastopol. Referida Resolução, que não possui natureza vinculante, contou com o voto favorável de 100 países, 11 votos contrários e 58 abstenções.

A anexação da Península da Crimeia pela Rússia, em 18 de março de 2014, foi condenada pelos Estados-Membros da União Europeia, que consideraram violadas

a integridade territorial, soberania e a independência da Ucrânia. O Conselho da União Europeia entendeu ilegal a realização do referendo e decidiu impor sanções à Federação Russa e a pessoas responsáveis pelas ações que comprometem ou ameacem a integridade territorial, a soberania e a independência da Ucrânia.

Em comum, o Conselho da União Europeia e a Assembleia Geral da ONU, via Resolução 68/262, consideraram que a Rússia fez uso de ameaça ou emprego de força contra a integridade territorial e independência política da Ucrânia, violando a proibição de agressão disposta no art. 2º da Carta da ONU. A proibição da agressão é norma imperativa de Direito Internacional geral, *jus cogens*, de hierarquia superior às demais normas. De igual modo, sustentam ambos os documentos a impossibilidade de que a autoridade regional da Crimeia pudesse consentir com intervenção ou anexação de território por parte de Estado estrangeiro, razões pelas quais apontam o cometimento de ilícito internacional pela Rússia.

De fato, a alegação russa de que a anexação da Crimeia estaria amparada no princípio da autodeterminação dos povos pode ser afastada em razão de inexistir o direito à secessão no caso em concreto, já que não havia perseguição a grupos minoritários ou violações de direitos humanos na Crimeia. Prevalece no caso, portanto, o princípio da integridade territorial dos Estados, sendo considerada ilícita a anexação da península à Rússia.

No caso, o caráter não vinculante das resoluções da Assembleia Geral da ONU impede que a organização promova sanções e retaliações à Rússia. Já a União Europeia, via Conselho, tomou medidas para pressionar a Rússia a interromper o ilícito internacional e procurar uma solução negociada para a crise junto ao governo da Ucrânia.

### 4 As sanções aplicadas pela União Europeia

A Decisão 2014/145/PESC do Conselho da União Europeia, de 17 de março de 2014, suspendeu as conversações bilaterais com a Federação Russa em matéria de vistos e sobre um novo acordo global, que substituiria o acordo de cooperação e parceria vigente, firmado no ano de 1997. Foram impostas medidas restritivas de viagens e o congelamento de bens de cidadãos da Crimeia envolvidos na promoção e realização do referendo e de autoridades Russas que apoiaram a anexação da Crimeia.

As sanções da União Europeia se concentraram sobre pessoas diretamente responsáveis pela

política russa na Ucrânia, notadamente militares e parlamentares russos com atuação determinação na legislação relacionada à anexação da Crimeia. A opção inicial por não focar empresas russas, bancos e seus respectivos administradores pareceu estar embasada na significativa parceria comercial entre a Rússia e União Europeia, responsável pela importação de mais de 80% do gás e petróleo russo. Sanções capazes de afetar significativamente a economia russa trariam prejuízos não só à parceria estratégica comercial com a União Europeia, mas também à própria Ucrânia e Crimeia, todos dependentes da energia russa.

Contudo, em 8 de setembro de 2014, o Conselho da União Europeia, por meio da Decisão 2014/658/PESC, decidiu prorrogar os efeitos da Decisão 2014/45, ampliando-os ainda, em razão da preocupação com a intensificação dos combates em curso no leste da Ucrânia e da persistência de ações que comprometem ou ameacem a integridade territorial, a soberania e a independência da Ucrânia. A nova decisão aumentou a lista de pessoas singulares sancionadas com proibição de entrada e trânsito no território europeu e com o congelamento de fundos e recursos econômicos de pessoas, entidades ou organismos relacionados com o apoio político, material ou financeiro à anexação da Crimeia pela Federação Russa.

A ampliação da lista de pessoas sujeitas ao congelamento de bens e restrição de viagens contempla o nome de líderes separatistas do leste ucraniano em regiões como Donetsk e Luhansk, que chegaram a realizar referendos separatistas. As novas sanções da União Europeia também buscam atingir empresas confiscadas pelas autoridades da Crimeia após a anexação russa, situação de uma empresa produtora de gás sediada na Crimeia, a Chernomorneftegaz, e uma fornecedora de petróleo da mesma região, a Feodosia. Embora ainda limitadas a número determinado de indivíduos e organizações, a expansão das sanções afetou bancos, a indústria de defesa e energia russos. O Sberbank, por exemplo, maior banco da Rússia, está privado de acesso a capitais ocidentais de longo prazo e já apresentou recurso à Corte de Justiça Europeia, contra as sanções da UE.

Parte da indústria de energia russa também ficou impossibilitada de captar recurso em mercados ocidentais e importar bens e tecnologias de dupla utilização — que podem ser utilizados tanto para fins pacíficos quanto para fins militares — o que limita o acesso a tecnologias para exploração de petróleo no Ártico russo e projetos de óleo xisto. A Rosneft, maior produtora de petróleo

russa, precisará substituir a importação de equipamentos e tecnologia por conta das sanções aplicadas pela UE.

A Rússia ameaça retaliar as sanções europeias, mediante a proibição de uso do espaço aéreo do país por companhias ocidentais, o que encareceria as rotas de voo e também com o fim das importações de automóveis, grande mercado de carros usados da Europa. Não obstante as ameaças russas, o principal temor europeu é o referente à questão energética. A Comunicação 2014/0654 da Comissão ao Parlamento Europeu traz estudos detalhados sobre eventuais perturbações no abastecimento de gás no outono e inverno 2014/2015 na Europa, inclusive com simulações de crise e testes destinados a avaliar a capacidade da resposta da rede europeia de gás a uma ruptura grave do aprovisionamento à UE no próximo inverno.

Em razão das negociações para o reestabelecimento do fornecimento de gás russo à Ucrânia, o acordo de associação entre Ucrânia e União Europeia teve a implementação adiada até 2016. A empresa russa Gazprom, também sancionada pela EU, aumentou o preço do gás a patamares sem precedentes e suspendeu o fornecimento à Ucrânia no mês de junho de 2014, em razão de uma dívida ucraniana de US\$ 1,45 bilhão, além de exigir o pagamento antecipado das próximas remessas. A Ucrânia não possui recursos para saldar a dívida e recorre a auxílios da UE e do FMI para avançar nas negociações com a Rússia.

## 5 Considerações finais

O posicionamento incisivo da União Europeia em relação à ilegitimidade da anexação da Crimeia pela Rússia decorre não só das relações multilaterais entre o bloco europeu, Ucrânia e Rússia, mas também das circunstâncias do ilícito internacional, que envolve a violação de normas *jus cogens*, o que torna o fato uma questão de ordem pública internacional. A anexação da Crimeia pela Rússia parece ser fato consumado, restando pouco provável a península seja restituída, até mesmo em razão das poucas condições materiais ucranianas para promover retaliações. Há grande preocupação, contudo, que o episódio venha a se repetir em relação a demais regiões da Ucrânia que ainda manifestam pretensões separatistas, fato que justificou, inclusive, o endurecimento das sanções inicialmente impostas pela U.E. à Rússia.

De fato, a questão energética, as parcerias econômicas e industriais e a própria lógica das relações de poder tornam a questão ucraniana altamente complexa. A

imposição de novas e mais pesadas sanções à Rússia podem afetar significativamente a economia europeia, além de aumentar o risco de que o atual regime russo seja consolidado, em consequente eliminação das correntes progressistas, tecnocratas e pró-ocidentais dentro da elite russa, o que isolaria o país e dificultaria ainda mais qualquer saída pacífica para a situação ucraniana. O único consenso aparente, até o momento, é que a possibilidade mais efetiva e menos danosa de resolução da crise entre Ucrânia e Rússia demanda negociação por meios pacíficos, diretos e moderados. As consequências de um acirramento das posições são imprevisíveis e potencialmente danosas a todos os envolvidos.

#### Crônica 4: International Law and the Curious Case of Scottish Independence

Eshan Dauhoo\* \*

The only way to resist temptation is to yield to it...

Oscar Wilde (1891)

On 18<sup>th</sup> September 2014, the people of Scotland were gifted a unique opportunity to vote on becoming an independent state. They resisted temptation and, by a strong majority (55.3%-44.7%), chose to remain within the UK.

At the time of the referendum debates, little was mentioned regarding the potential international legal ramifications of the “go it alone path”. However, the man on the street could be excused for asking how, if in any way, was international law relevant to the Scottish referendum. After all, it could potentially be construed as being essentially a national affair governed by UK constitutional law.

However, it would be a fallacy to assume that the scope of international law is limited merely to purely international situations in the classical sense. A case in point is international human rights law which applies directly to the subjects of a state. Besides in today’s globalised world there seems to be a fine line between national and international situations; and events that seem purely domestic in nature, have the potential to impact well beyond national borders. Even the European Union (EU) is commonly referred to as “a

new legal order of international law”. As such, it was perhaps the fear of opening Pandora’s Box that led the Scottish independence referendum to attract so much international attention. Moreover, the fact that a vote in favour of independence would raise questions of state secession and membership to international organisations meant that international law was always going to play an important part in the independence process.

Although Scotland did reject independence, it is nevertheless an excellent case study in international law. It is worthwhile considering the “if” and looking at the international legal implications of such a choice. As such, this article will firstly consider whether, as an independent state, Scotland would be a successor state or continuator state; and secondly, how Scotland’s membership of international organisations such as the EU, United Nations (UN), *North Atlantic Treaty Organization* (NATO), the International Monetary Fund (IMF) and the World Bank would potentially be affected, as well as whether it would still be bound by the UK’s international treaties.

#### Successor state or continuator state?

Statehood is most often acquired within the context of decolonisation or involving a complicated struggle. In the case of Scotland, however, there was no such struggle and the Edinburgh Agreement (2012) provided the necessary legitimacy for the independence referendum to take place. Therefore, a more important question from the point of view of international law would be whether Scotland would be regarded as a ‘successor state’ or ‘continuator’ state; as these labels carry with them fundamentally different legal implications.

The UK Government called upon Professor Crawford and Professor Boyle, legal experts on international law, to produce an opinion which considered the international legal aspects of independence. Although three possible legal outcomes of the Scottish independence were presented, they highlighted that the most likely outcome would be that Scotland would become a new state under international law whilst the remainder of the UK would continue to exist. This would be a similar outcome to the creation of the Irish Free State in 1922, where the UK also continued to exist. Also, given the international community’s tendency to frown upon the dissolution

\* LLB, BSc Political Science, Postgraduates in International Law, European Law and Psychology (Head of Law at South Thames College and Law Module Leader at Blake Hall College, London, UK) email: eshan.dauhoo@south-thames.ac.uk



of states, this would also be a preferred solution for the international community.

However, Scotland represents approximately a third of the UK territory. Could this nevertheless be significant enough to dissolve the UK? It should be highlighted that when South Sudan broke away from the Republic of Sudan (it took with it a sizable portion of territory and population), the Republic of Sudan continued to exist. The same can be said of Pakistan after Bangladesh broke away. Therefore, it could be said that the fate of the remainder of the UK would have been that it would continue to exist. However, with Scotland being cast in the role of the successor state, what would this have meant to Scotland in terms of its international rights and obligations?

Generally, the “clean slate” principle is applied to successor states. As such, had Scotland voted for independence, it would not have automatically inherited the rights and obligations associated with the UK, but instead would have been expected to initiate its own treaties as well as membership to international organisations. However, it should be noted that the laws on state succession are not unequivocal and much is determined on a case by case basis. A potential devolution period could have been agreed or an interim period could have been established allowing for the transition to take place smoothly. This would have seemed a possibility for an independent Scotland given that the UK had provided its consent to a referendum as well as the promise of a peaceful and collaborative approach under the Edinburgh Agreement.

### Membership of the EU

Interestingly, whilst Scotland sought independence from the UK, it did not want to break away from the EU. One might even argue that the protection afforded by the EU makes secession even more accessible to countries such as Scotland as it provides a sort of “safety net”. Furthermore, Scotland’s case was very different from those states joining the EU from the outside as Scotland had been an EU member state for over 30 years, met the other EU membership criteria and would have obtained secession from the UK in a perfectly legitimate and democratic manner. As such, would it have been possible for Scotland, following independence, to be able to obtain immediate continued membership of the EU?

It would seem that the answer to the above question would depend upon whether Article 48 or Article 49 of the European Treaties was applied. However, herein rests a further problem in that there is no precedent where, following admission to the EU, a member state then proceeds to be broken into two independent states. What further complicates the issue is that there is no specific treaty provision allowing for succession to EU membership. As such, would there be any reason to believe that without some form of accession process, an independent Scotland would have been able to become an EU member by a treaty amendment under Article 48?

It could be argued that legally it would not have been impossible for Scotland, like the rest of the UK, to remain a member of the EU. After all, there is no treaty provision preventing Scotland from remaining a member. Therefore, effective negotiation and cooperation between Scotland, the rest of the UK and the EU could have made such a possibility a reality. Furthermore, as previously mentioned, Scotland, through the UK, is already strongly integrated into the EU and its laws are commonly applied in Scotland. It would seem then that Scotland already ticked all the right boxes in relation to EU membership and the Scottish Government wanted to remain a member of the EU. As from the perspective of the EU, it would also seem to be a less complicated route, given EU citizens also enjoy EU rights within the Scottish territory. Therefore, excluding Scotland would have led to numerous complications, in particular legal ones.

On the other hand, it has also been strongly argued that EU treaties would not have applied to Scotland once it seceded and therefore the legal basis for Scotland’s accession to the EU would rest with Article 49, which would have required Scotland to apply for EU membership. This would involve ratification by the 28 EU member states. However, two problems could have potentially arisen here. Whilst the first one would be of a political nature, with member states such as Spain potentially blocking Scottish membership due to concerns that it could encourage the separatist movements in Catalan to seek secession; the second would have been that Scotland would surely have lost the Treaty opt-outs that it had secured when part of the UK.

It could be argued that a more plausible outcome (taking into account the political implications) would have involved an interim arrangement which would have, instead of cutting Scotland off, secured the

continuing effect of EU law in relation to Scotland. This would then have delayed formal membership of Scotland until negotiations were complete and the accession agreement had been ratified by all the EU member states. Of course, this route would have been a long process, but it seems that there would have been no alternative fast-track routes available to Scotland in terms of EU membership.

### Membership of other international organisations

The UK holds prominent positions within a number of international organisations. It is a key member of the IMF, a permanent member of the UN Security Council as well as a founding member of the World Bank and NATO. It has also been linked with over 13,000 treaties. What would have been the implications for membership to these organisations for Scotland and the rest of the UK following independence? Would these treaties still apply to both the UK and Scotland?

As Professor Crawford and Professor Boyle's legal opinion pointed out, upon independence the remainder of the UK, as the continuing state, would have maintained its membership (and its terms) of international organisations without being greatly affected. This includes membership of the IMF, UN and NATO, among others. This would seem reasonable given the UK's prominent position within these institutions, and states would no doubt have preferred to avoid the difficulties associated with amending the UN Charter or the Articles of Association for international organisations such as the IMF. Likewise, it would also seem reasonable (given that the UK would have been the continuator state) to assume that all existing UK treaties would also have continued to apply to the remainder of the UK.

On the other hand, Scotland, as a new state, would have faced a less favourable situation. It would seem that it would have had to reapply to become a member of these international organisations. Would it have been possible for Scotland to concurrently succeed to the UK's membership of these international organisations together with the remainder of the UK? It is true that Article 34 of the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties 1978 does state that (at the date of succession) a successor state will continue to be bound by treaties that were in force over the territory as a whole. However, it should be noted that the UK

is not actually a signatory to this particular Vienna Convention and Article 4 of the said Convention also stresses that rules of each international organisation trump the principles of succession to treaties.

In relation to the UN, the situation would most likely be that the UK, as the continuator state, would retain both its membership and permanent seat on the Security Council (SC). On the other hand, Scotland, as a new state, would have had to reapply for membership. This has been the case for new states such as the Czech Republic as well as other dividing states such as Pakistan and Bangladesh. Scotland would have had little difficulty meeting the conditions for admission that are set out in Article 4. Whilst, if satisfied that the necessary criteria are met, the World Bank and IMF would generally allow for Scotland to succeed to membership of their organisation, the WTO, on the other hand, is somewhat more demanding. Part of the readmission process would require, amongst other conditions, WTO member states to vote in relation to the terms of Scotland's accession package. As for membership of NATO, it would have been interesting to see whether a potential stumbling block to retention of membership would have been the Scottish Government's views on nuclear weapons or their interest in closing down of the nuclear submarine bases based in Scotland.

In relation to many international treaties entered into by the UK, it would seem that Scotland would have had to reapply or re-negotiate; although this may be different when it comes to international human rights treaties, where the approach seems to be that (given that they are more attached to the subjects of a state than the state itself) they will continue to bind successor states.

### Concluding remarks

The above commentary is based upon an analysis of the potential international legal implications if Scotland had succumbed to temptation and chose the path of independence. It would have set a precedent that other separatist movements in the EU could have potentially emulated. However, whilst the referendum may have been a fairly smooth process and indicated a potential repeat of the "velvet divorce" (where a smooth division of Czechoslovakia into Slovakia and the Czech Republic took place), the Scottish independence case, as has been discussed, appears to be far more complicated than it may at first appear. Scotland, the rest of the

UK, the EU and even other international organisations may have escaped a potential legal minefield. That said, however, there may be a similar opportunity for further analysis with the Catalans also tempted to tread the path of independence from Spain.

### **Crônica 5: Evolution or Procrastination? The Ongoing Debate(s) on the Recognition of the Palestinian State**

Nitish Monebhurrún\*

On the 2<sup>nd</sup> December 2014, the French National Assembly adopted a resolution urging the government to recognise the existence of a Palestinian State. The resolution does not bind the government; it is not an official French recognition of Palestine as a State but is, without a doubt, symbolically charged. The Parliaments of the United Kingdom, of Ireland and of Spain have also recently followed what appears to be a European trend in upholding a Palestinian State. Recently, the latter has officially been recognised by Sweden. The Parliament of the European Union must also vote on the recognition of the said State until the end of this year.

The Palestine long-lasting conundrum has always torn the concerned observers between hope and cynicism. And every new step hesitates between aspiration and bitterness. In law, it is possible to affirm that Palestine is a State: it fulfils the legal conditions for a State to exist, namely, a population, a territory, a political organisation, and its independence. The Palestinian population and its right to independence and self-determination have always been acknowledged by the United Nations Organisation<sup>29</sup>. The existence of a territory within the 1967 borders<sup>30</sup> — the so-called Green line — has already been indirectly affirmed by the International Court of Justice<sup>31</sup> and by the Security Council of the United Nations<sup>32</sup>, both of which stated that the Palestinian lands were being occupied by the

Israeli State. By definition, this implies that Palestine has a territory which is being partly occupied — and an occupied territory does not hinder its qualification as a criterion for the recognition of a State. The current political organisation is the Palestinian National Authority which is recognised by international organisations like the United Nations, the World Bank Group or the International Monetary Fund<sup>33</sup>. Professor Jean Salomon's work on the issue is brilliantly telling<sup>34</sup>.

Conspicuously, the legal possibility of a Palestinian State is not always in line with the political reality. And the ongoing European debate appears as a *déjà-vu*: strong will, symbolical steps but with poor effects on a persisting problem. The question of a real evolution or of another procrastination therefore appears on the front line. Recognition is worthy but its real consequences invite some skepticism. Indeed, even if Palestine has undoubtedly been recognised as a State (I) its existence as a “normal” sovereign State seems to be highly compromised (II).

### **1 The Effective Recognition of Palestine as a State: a Doubtless Affirmation**

There are two types of State's recognition: unilateral (A) and multilateral ones (B), both of which exist in the Palestinian case.

#### **A) The effective Recognition of a Palestinian State on a Unilateral Basis**

Any State has the capacity to admit and acknowledge the existence of another one. It does so internally, as per its domestic laws and the effects are afterwards international. This has, for instance, recently been done by Sweden<sup>35</sup> and it seems that something is boiling in this sense regarding other European States.

The effects always seem to be more striking when such acts result from the European continent as they would have been if the United States were to proceed to such recognition. The debate is — or rather seems — actual because the problematic is being examined by prominent European States. Observers (and

\* PhD in International law (School of Law of Sorbonne, Paris), Associate Professor (University Centre of Brasília), Visiting Professor (Universidad de la Sabana, Bogotá). Nitish.monebhurrún@gmail.com

29 For a recent Resolution, see: *Status of Palestine in the United Nations*, General Assembly Resolution, A/67/L.28, 26/12/2012.

30 See: Figure 1.

31 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. (09/07/2004), I.C.J. Report 2004, paras. 75-78.

32 See for instance: Security Council, Resolution S/RES/242 (22/11/1967).

33 This is affirmed in the preamble of the following resolution: *Status of Palestine before the UNO*, General Assembly Resolution, A/67/L.28, 26/12/2012.

34 Jean Salomon. 'La qualité d'État de la Palestine'. *Revue Belge de Droit International*, vol.1. 2012. pp. 13-40.

35 Sweden recognised Palestine as a State in October 2014.

newspapers) worldwide have their eyes cast and their attention focused.

This being said, excessive eurocentrism on such questions can sometimes act as a distorting mirror of reality. It must not be forgotten that 135 States — that is the great majority of States —, have already recognised Palestine as a State; these include, for example, most Latin American States, encompassing Brazil<sup>36</sup>. However, the non-recognition by leading powers such as the United States has blatantly had a detrimental impact on the effectivity of a “full-grown” Palestinian State. In another context, it can be recalled that the United States’ support of a Kosovar State facilitated the latter’s construction and existence. Strategic support is therefore fundamental, but is, in the Palestinian case, lacking.

Unilateral recognition, even if effective, might not be sufficient. A newly recognised State must not only be considered as a State but must also be treated as such through concrete and permanent bilateral relations in the diplomatic, economic or cultural matters. And many States offer recognition only punctually, like a frozen-in-time manifestation, without any real follow-up. In such cases, the act of recognition, even if effective, mainly has a symbolical value. This reality is also often reflected on the multilateral level.

## B) The effective Recognition of a Palestinian State on a Multilateral level

For the United Nations, Palestine is a State and the General Assembly’s Resolution A/67/L.28 bears testimony by deciding to “accord to Palestine non-member observer **State** status in the United Nations”<sup>37</sup>. To be a non-member observer State a given entity must beforehand be a... State, and fulfil all the conditions to be considered as such. As the General Assembly’s important resolutions are adopted by a majority of two-thirds<sup>38</sup>, it is clear that even on a multilateral level, at least two-thirds of the members grant a State’s capacity to Palestine. This only echoes the aforementioned 135 unilateral recognitions. It can be expected that States like France which voted in favour of the 2012 *Status of Palestine in the United Nations* resolution will be likely to embark on a unilateral recognition of the State of

Palestine, thereby following its National Assembly’s position. And it would only reveal coherence should the French government follow the votes of its own majority deputies.

In a similar vein, Palestine has been accepted as a member State of United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO)<sup>39</sup>. It adhered to the UNESCO in 2011, 107 of the 194 States having voted in favour of its membership. Accordingly, the multilateral acceptance can only be corroborated. In her welcoming speech, the Director-General of UNESCO, Mrs Irina Bokova, boldly stated that she was conscious of the financial risk which the new membership could imply for the Organisation — the United States, having voted against and being its most important contributor, could easily jeopardise the general agenda. Still, the support of the majority hold firm.

Despite this vast recognition and a seemingly new European tendency in the same sense, the practical consequences and their intrinsic legal nature are still unclear — the back to square one image seems indelible.

## 2 The Uncertain Consequences of Palestine’s Recognition as a State

Every new step made towards the recognition of a Palestinian State seems to be above all emblematic. Symbolism sometimes bears its own considerable strength but is not always enough to solve serious and concrete problematics: the symbolical support of 135 States has not settled the conflict between Israel and Palestine. The negotiations and dialogue between the two States are in a deadlock. The process of colonisation of the Palestinian territory has not stopped and has even increased. The water distribution problem is still topical; Israel keeps a strong stranglehold of water management and distribution and overtly discriminates between its colonies and Palestinians of Cisjordania<sup>40</sup>. As a State, Palestine has a volatile sovereignty in many strategic fields.

A European support might not necessarily change this reality because the settlement of peace and security

36 Brazil recognised Palestine as a State in 2010.

37 See: *Status of Palestine in the United Nations*, General Assembly Resolution, A/67/L.28, 26/12/2012 (highlighted by the author).

38 As per article 18(2) of the United Nations Charter.

39 Palestine appears as a member State in UNESCO’s list of members; see: <http://www.unesco.org/new/en/member-states/countries/>

40 Hervé Ascensio. ‘Propos introductifs : Les eaux du Jourdain comme parabole’ in Société Française pour le Droit International. *L’eau en droit international*. Colloque d’Orléans. Paris. Pédone, 2011, p. 275-276.



questions is first of all incumbent upon Israel and Palestine... and their good will. The dynamic will change if Israel officially recognises a Palestinian State with territorial concessions accepted by both Parties — and the 1967 borders are often referred to in this context<sup>41</sup>. Unfortunately, this not likely to happen in a near future; it is even the exact opposite which is occurring with the ever-growing colonisations on one hand, and the preoccupying security questions on the other. This means that should a Palestinian State ever be recognised by Israel, a necessary decolonisation would be needed

41 See: Figure 1.

— a situation which can hardly be imagined without bloodshed. For Israel security questions prevail and might, as such, gain the upper hand in the debate on the existence of a neighbouring Palestinian State.

The conflict hence continues in the form of a vicious and eternal chess game where the slightest miscalculated move can lead to a crimson checkmate. On whether there has been an evolution or a mere procrastination, it can be stated that the new recognitions are definitely a sign of evolution even if they are insufficient for Palestine to really exist as a State.

Figure 1: Evolution of the loss of territories<sup>42</sup>



42 Retrieved from the web site of the Centre for Research on Globalisation (<http://www.globalresearch.ca>).